Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Archiv

für die

civiliſtiſche Praxis.

Neun und zwanzigſter Band. Drittes Heft.

X.

Ueber die Verpfändung der Servituten.*)

Von

Herrn Dr. **J. J. Lang,**

K. bayer. Hofrath und ord. Profeſſor der Rechte zu Würzburg.

Wie die rechtliche Natur des Pfandrechts an körperlichen Sachen Gegenſtand großer Meinungsverſchiedenheit unter den neueren Civiliſten iſt [1]), ſo ſind auch über die Verpfändung der Servituten ſehr entgegengeſetzte Anſichten aufgeſtellt worden [2]). Dieſe Verſchiedenheit betrifft ſowohl die Bedeu-

*) Als ich die folgende Ausführung an die Redaction des Archivs einſendete, war mir die Abhandlung von Rudorff „über die Pfandklagen" (Zeitſchr. f. geſch. R.-W. Bd. XIII. H. 2.) leider noch nicht zugekommen. Lang.

1) Meine Abhandl. in d. Arch. f. d. civ. Prax. Bd. XXVIII. S. 352 ff.

2) Geſterding, Pfandr., zweite Ausg. S. 70 ff. Hepp, in d. Arch. f. d. civ. Prax. Bd. XV. S. 83 ff. Büchel, über jura in re und deren Verpfändung. S. 73 ff. Sintenis, Pfandr. S. 121 ff. von der Pfordten. in d. Arch. f. d. civ. Prax. Bd. XXII. S. 26 ff. (dazu die Recenſion von Sintenis in Neue kritiſche Jahrbücher Bd. IV. S. 978 ff.). Zachariä von Lingenthal, über die Unterſcheidung zwiſchen servitutes rusticae und urbanae. Heidelb. 1844. S. 31 ff. (dazu die Recenſion von Rudorff in Neue kritiſche Jahrb. Bd. V. S. 322 ff.).

tung einer solchen Verpfändung, als, und noch mehr die Frage, an welchen Servituten Pfandrecht statt finden könne. Im Folgenden sollen beide Fragen erörtert werden, und da hier zwei Hauptfälle zu unterscheiden sind, je nachdem der Servitutberechtigte oder der Eigenthümer der dienenden Sache der Verpfänder ist, so werden beide Fragen für jeden der zwei Hauptfälle zu untersuchen sein.

I.

Einerseits ist an und für sich schon für bestehende Servituten, als Gegenstand der Verpfändung, etwas Eigenthümliches in dem letzten Zwecke jeder Verpfändung gegeben; dieser ist Befriedigung des Gläubigers durch Veräußerung des Pfandobjects [3]). Andererseits ist die Verpfändung selbst schon eine Art der Alienation, und wo diese rechtlich unmöglich ist, da ist es auch die Verpfändung [4]). Jede Veräußerung einer bestehenden Servitut in der Art, daß an die Stelle des bisher berechtigten Subjects, sei dieses eine Person oder ein Prädium, ein anderes treten soll, ist theils mit dem Begriffe der Servitut, theils mit ihrer rechtlichen Natur unverträglich; denn die Personalservitut ist an die berechtigte Person so eng geknüpft, daß sie von derselben nie auf eine andere übertragen werden kann [5]), die Prädialservitut erscheint durchaus als eine rechtliche Qualität, welche, dem herrschenden Grundstücke erworben, als Accessorium von seinem Principale nicht getrennt werden kann, ohne selbst aufzuhören [6]).

---

3) Meine angef. Abh. §. 1. 2. 16.

4) l. 7. cod. de reb. alien. non alienand. (4. 51.). Meine angef. Abh. §. 16. Note 44.

5) Cajus II, 30.: „alii vero in jure cedendo nihilo minus jus suum retinet, creditur enim ea cessione nihil agi.“ §. 3. Inst. de usufr. (2. 4.): „cedendo extraneo nihil agitur.“ l. 15. D. fam. ercisc. (10. 2.) l. 3. §. 3. D. quib. mod. ususfr. amittit. (7. 4.) l. 9. cod. de usufr. (3. 33.)

6) l. 86. D. de V. S. (50. 16.): „Quid aliud sunt jura praediorum, quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas,

Soll demnach von einer Verpfändung bereits bestehender Servituten die Rede sein, so kann dieselbe bei Personalservituten an sich gar nicht, bei Prädialservituten nur auf eine ihrer accessorischen Natur entsprechende Weise vorkommen. Getrennt vom herrschenden Grundstück kann daher eine Prädialservitut so wenig verpfändet als überhaupt veräußert werden [7]). Wie aber das Accessorium von selbst seinem Principale folgt, also eine Prädialservitut mit dem Prädium, dem sie als Recht anklebt, von selbst veräußert ist, so begleitet sie ihr Principale auch bei der Verpfändung, als einer Species der Veräußerung; wird ein herrschendes Grundstück verpfändet, so ist damit ipso jure die ihm zukommende Servitut verpfändet [8]). — Wenn indessen auch eine bestehende Personalservitut nicht vom Berechtigten verpfändet werden kann, so hindert dieß doch denselben keineswegs, einen ihm zustehenden Ususfructus zur Bestellung einer pfandrechtlichen Sicherheit zu benützen. Da man nämlich einem Dritten die Vortheile eines an sich unübertragbaren Rechts, so lange dasselbe existirt, überlassen kann, so wird allerdings auch die Ausübung eines bestehenden Ususfructus zu verpfänden sein; denn

„fructus rei est, vel pignori dare licere“ [9]),

und in dieser Verpfändung liegt nicht eine Veräußerung des Rechts selbst, sondern nur seiner Ausübung. Dieß ergibt sich aus einer Stelle von Marcianus, worin die aufgeworfene Frage: ususfructus an possit pignori, hypothecaeve

---

salubritas, amplitudo.“ Vgl. auch l. 33. §. 1. D. de S. P. R. (8. 3.)

7) Das Gegentheil dieses jetzt allgemein anerkannten Satzes haben wegen l. 12. D. de pignor. (20. 1.) Manche mit Cujacius (Obs. XV. 6. u. sonst) für die Rusticalservituten behauptet. Allein diese Ansicht bedarf heutigentags keiner Widerlegung mehr. Vgl. Note 6. Glück, Erläut. Bd. XIX. S. 207 f.

8) l. 16. D. de servitutt. (8. 1.) l. 9. D. de O. N. N. (39. 1.)

9) l. 49. D. de usuris (22. 1.).

dari für den Fall, daß der Uſufructuar ſein Recht verpfändet, dahin beantwortet wird:

„Et scribit Papinianus, tuendum creditorem: et si velit cum creditore proprietarius agere, non esse ei jus uti frui invito se, tali exceptione eum Praetor tuebitur, si non inter creditorem, et eum ad quem ususfructus pertinet, convenerit, ut ususfructus pignori sit. Nam et cum emptorem ususfructus tuetur Praetor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et debitori objicietur exceptio [10]).“

Hier wird der Gläubiger nach Analogie des Käufers behandelt, und wie in Folge des Verkaufs eines beſtehenden Uſusfructus dem Käufer nicht das Recht ſelbſt verſchafft werden kann, ſondern nur die Ausübung [11]), ſo bewirkt auch die Verpfändung, welche mit dem Verkauf unter den höhern Begriff der Veräußerung fällt, an ſich für den Pfandgläubiger nur die rechtliche Möglichkeit, im Falle ſeiner Nichtbefriedigung auf einen Käufer die Ausübung des Uſusfructus zu übertragen. Iſt nun aber insbeſondere der Uſusfructus Gegenſtand eines Pignus, ſo geht die juris quasi possessio eben ſo auf den Gläubiger über, wie, wenn ihm eine körperliche Sache verpfändet iſt, die corporis possessio. Letztere erlangt beim Uſusfructus der Gläubiger erſt an den Früchten der res fructuaria, die er percipirt; dieſe dienen ihm als Fauſtpfänder, die er, wie überall der Pfandgläubiger, veräußern kann, um ſich aus dem Kaufpreis bezahlt zu machen [12]), und wenn er anders vom Schuldner nicht Befriedigung erlangt, ſo kann er dem letzten Zwecke des Pfandrechts gemäß den Uſusfructus veräußern, wodurch aber für den Käufer wieder nicht das Recht, ſondern nur

10) l. 11. §. 2. D. de pignorib. (20. 1.)

11) l. 12. §. 2. l. 38. 39. 67. D. de usufr. (7. 1.)

12) Das Pfandrecht an den Früchten hat hier ganz den Charakter verpfändeter zukünftiger Sachen. l. 15. pr. D. de pignor. (20. 1.)

die Ausübung erworben wird. Da sich nun die Hypothek von dem Faustpfande nur dadurch unterscheidet, daß auf den Creditor hypothecarius der Besitz des Pfandgegenstandes nicht übergeht, so ist eben damit in der Stelle des Marcianus, in welcher die Frage sich nicht bloß auf das Pignus, sondern auch auf die Hypothek erstreckt, während die Antwort von letzterer schweigt, auch die Möglichkeit einer hypothekarischen Verpfändung des bestehenden Ususfructus ausgesprochen. Diese beweist außerdem eine Stelle des Cajus, in welcher ausdrücklich von einer hypothekarischen Verpfändung des Ususfructus durch den Usufructuar in der Art die Rede ist, daß in Beziehung auf die Früchte diese Verpfändung des bestehenden Ususfructus der pfandweise geschehenen Bestellung des Ususfructus gleich gehalten wird:

> „Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt, ut fructus pendentes, partus ancillae, foetus pecorum: et ea quae nascuntur, sint hypothecae obligata. Idque servandum est, sive dominus fundi convenerit aut de usufructu, aut de his quae nascuntur: sive is, qui usumfructum habet, sicuti Julianus scribit“ [13]).

Ein weiterer Beweis liegt darin, daß von dem Erlöschen der Hypothek an einem, in dieser Weise verpfändeten Ususfructus die Rede ist:

> „Sicuti re corporali extincta, ita et usufructu extincto, pignus hypothecave perit“ [14]).

Dem Gläubiger aber, welchem der Usufructuar seinen Ususfructus verhypothecirt hat, sind nicht bloß die Früchte der res fructuaria verpfändet, sondern er kann auch eben so, wie der Creditor pigneraticius dem letzten Zwecke des Pfandrechts gemäß den Ususfructus selbst veräußern. Wie nun beim Pfandrecht an einer körperlichen Sache dem Gläubiger eine utilis vindicatio zur Verfolgung des Pfandgegenstandes,

---

13) l. 15. pr. D. de pignorib. (20. 1.)
14) l. 8. pr. D. quibus mod. pignor. (20. 6.)

die hypothecaria actio, zusteht, so stellt der in Frage stehende Pfandgläubiger eine utilis confessoria actio an. Die Wirksamkeit dieser Klage liegt dann in der ihr zur Seite stehenden Replica. Dieß beweist eben wieder die Stelle des Marcianus; sie spricht von einem tuitione praetoris wirksamen Pignus. Fragen wir aber, worin die Wirksamkeit des Pignus bestehe, so ergibt sie sich aus jener Stelle als eine exceptivische. Dem Creditor pignoraticius wird eine Exceptio gegen den klagenden Proprietar oder Schuldner verliehen. Wie nun das Pignus durch die Exceptio wirksam wird, so die Hypotheca durch eine Replica. Excipirt nämlich dem Creditor hypothecarius der Beklagte: non esse ei jus uti frui invito se, so replicirt der Kläger: si non inter creditorem et eum, ad quem ususfructus pertinet, convenerit, ut ususfructus hypothecae sit. Wie daher beim Pignus die tuitio praetoris in der Verleihung der Exception, so besteht sie bei der Hypotheca in der Verleihung der Replica. — Was das Ende eines solchen Pfandrechts betrifft, so hat es, abgesehen von den bei jedem Pfandrechte vorkommenden Beendigungsgründen, das aus seiner Natur sich ergebende Charakteristische, daß es mit dem Tode des Usufructuars erlischt; denn da nicht das Recht selbst auf den Pfandgläubiger übergeht, sondern nur die Ausübung, oder, wenigstens im Falle der bloß hypothecarischen Verpfändung, das Recht die Ausübung auf den Käufer zu übertragen, so ist am Wesen des Ususfructus in dieser Beziehung nichts geändert, und da der Usufructuar die Ausübung seines Rechts nicht auf längere Zeit einem Andern überlassen kann, als das Recht ihm selbst zusteht, so endigt das Pfandrecht, sei es nun Pignus oder Hypotheca, mit der Erlöschung des Ususfructus. Dieß erklärt Marcianus ausdrücklich (Note 14).

Nachdem hiemit die Verpfändung eines bestehenden Ususfructus erörtert ist, so fragt sich, ob diese Grundsätze nicht auch für die übrigen Servituten anwendbar seien. Für die Prädialservituten folgt die Unanwendbarkeit aus denselben Gründen, wie die Unmöglichkeit, die Servituten selbst zu

verpfänden; denn nicht bloß dem Rechte nach sind diese Servituten vom herrschenden Grundstück nicht zu trennen, sondern, da sie lediglich nach dem Bedürfnisse desselben sich richten, auch der Ausübung nach [15]). Neuerlich hat gleichwohl Rudorff (Note 2) für die Rusticalservituten Dasselbe behauptet, was vom Ususfructus gilt. Diese Ansicht läßt sich indessen aus derselben Stelle, auf die sie sich stützt, widerlegen, was des Zusammenhanges wegen erst weiter unten geschehen wird. Es mag daher hier vorerst nur von den übrigen Personalservituten die Rede sein und da ist denn die Unanwendbarkeit der vom Ususfructus geltenden Grundsätze auf den Usus ganz zweifellos. Der Usus ist an die Person des Berechtigten gebunden; er kann ihn nicht verschenken, vermiethen, verkaufen [16]), und da auch die Verpfändung nur eine Veräußerung wäre, so kann er ihn auch nicht verpfänden; hierdurch unterscheidet sich der Usus wesentlich vom Ususfructus (Note 9).

Ob eine gleiche Unterscheidung vom Ususfructus auch für die Habitatio statt finde, ist zweifelhaft und bestritten. Von den neueren Juristen erklärt sich Büchel [17]), für jene Ansicht, welche eine Verpfändnng der Habitatio eben so und im Ganzen mit den nämlichen Wirkungen für zulässig erklärt, wie die Verpfändung eines bestehenden Ususfructus. Diese Ansicht geht davon aus, daß der Habitator die Wohnung gegen Vergütung einem Andern überlassen dürfe, woraus sie folgert, daß er sie auch verpfänden könne, wofür weiter der schon erwähnte Satz spreche: „fructus rei est vel pignori dare licere.“ Sintenis [18]) dagegen hält diese Beweisführung nicht für gelungen, das römische Recht sei bis auf l. 13. cod. de usufructu (3. 33.) darin völlig gleich geblieben, daß der Berechtigte das Wohnen auf keine Weise einem

15) l. 24. D. de S. P. U. (8. 3.) l. 44. D. locati (19. 2.)

16) l. 8. pr. D. de usu et hab. (7. 8.)

17) a. a. O. S. 96.

18) a. a. O. S. 133.

Andern zugeſtehen dürfe, ſondern es durchaus ſelbſt ausüben müſſe; jene l. 13. cod. geſtatte das Vermiethen nur ausnahmsweiſe Dem, der durch Vermächtniß das Wohnen erhalten habe. Daß dieſe Verordnung ſtreng, d. h. ſo ausgelegt worden ſei, ſie ſolle nur auf den Vermächtnißinhaber und keinen Andern gehen, dagegen möchte ſich nicht nur überhaupt nichts einwenden laſſen, indem man ſich ſtreng an die Worte halten würde, ſondern es laſſe ſich dieß auch aus der ſpätern Ausdehnung derſelben erweiſen (§. 5. Inst. de usu et hab. [2. 5.]), daß nämlich jedem Berechtigten das Vermiethen geſtattet ſein ſolle, er möge das Wohnrecht auf eine Weiſe erhalten haben, gleichviel welche. Bei genauerer Unterſuchung ſtellt ſich aber doch die herrſchende von Büchel vertheidigte Anſicht als die richtige heraus. Juſtinian ſpricht in l. 13. cod. cit. von einem ususfructus habitationis legatus und unterſcheidet eine unter den älteren Juriſten vorgekommene Streitfrage über die Natur dieſes Rechts, ob daſſelbe Uſus ſei oder Uſusfructus, oder ein jus proprium, und ob der Bedachte dieſe Habitatio vermiethen, oder gar ſich das Eigenthum daran anmaßen könne. Nun erklärt aber der Kaiſer: „si quidem habitationem quis reliquerit, ad humaniorem declinare sententiam nobis visum est, et dare legatario etiam locationis licentiam.“ Der Kaiſer zieht alſo die humanior sententia vor und gibt dem Berechtigten ausdrücklich das Recht, die Wohnung zu vermiethen. Sein Entſcheidungsgrund liegt in den folgenden Worten; „quid enim distat, sive ipse legatarius maneat, sive alii cedat, ut mercedem accipiat?“ Damit ſchließt ſich der Kaiſer eben an die Anſicht Ulpians an, daß der Habitator die Ausübung ſeines Rechts nicht verſchenken dürfe (donare non poterit [19]). Dieß ſoll er auch nach der kaiſerlichen Verordnung nicht. Sehen wir nun, wie der Kaiſer in dem weitern Verlauf nur will, daß das Recht des Habitator nicht größer ſei, als das des Uſufructuars (In tan-

19) l. 10. pr. D. de usu et hab. (7. 8.)

tum etenim valere volumus, ut non antecellat usumfructum), ſehen wir ferner, wie dem Kaiſer im Weſentlichen ususfructus habitationis und habitatio gleichbedeutende Ausdrücke ſind, ſehen wir endlich, wie der Kaiſer es für möglich hält, der Legatar werde ſogar erweiſen können, daß der Teſtator ihm durch die habitatio legata das Eigenthum des Hauſes habe verſchaffen wollen (nec dominium habitationis speret legatarius, nisi specialiter evidentissimis probationibus ipse legatarius possit ostendere, et dominium ejus domus sibi esse relictum), ſo iſt nicht abzuſehen, warum ein ſolcher Legatar, ſo weit ihm nicht ausdrücklich gewiſſe Befugniſſe des Uſufructuars abgeſprochen ſind, weniger Dispoſition über den Gegenſtand des Legats haben ſoll, als der Uſufructuar. Und vergleichen wir den Gehalt der Dispoſition, die in einer locatio liegt, mit dem Gehalt der Dispoſition, die in einer venditio, oder in einer Verpfändung liegen würde, ſo iſt der Unterſchied äußerſt gering; denn auch der Verkauf würde nicht eine Uebertragung des Rechts ſelbſt zur Folge haben, ſondern nur ſeiner Ausübung, und vollends die Verpfändung würde darin der Vermiethung ganz gleich ſtehen, daß, wie bei dieſer eine Kündigung eintreten könnte, ſo bei jener die Ausübung durch den Gläubiger, oder das Recht des Gläubigers auf die Ausübung, jeden Augenblick durch die Bezahlung der Schuld, wofür die Verpfändung ſtattgefunden hätte, aufgehoben werden könnte. Darin würden aber alle drei Arten der Dispoſition ſich gleich ſtehen, daß der Habitator nicht unentgeltlich ſein Recht durch einen Andern ausüben ließe, das ausgeſchloſſene donare hätte nicht ſtatt. Ob in den Inſtitutionen wirklich eine Ausdehnung zu ſuchen ſei, wenn ſie der habitatio legata die aliquo modo constituta gleichſtellen, iſt ſehr zweifelhaft, da denn doch in der Coderſtelle auf das Legirtſein nicht das geringſte Gewicht gelegt iſt. Aber auch, wenn hier eine Ausdehnung angenommen wird, ſo beweiſt dieſelbe, da ſie jedenfalls ſehr gelegentlich gemacht iſt, daß der Inhalt der Conſtitution einer ſolchen überhaupt nicht widerſtrebt, und daß es keine

Willkühr iſt, wenn man aus der Möglichkeit der Vermiethung auf die Möglichkeit der Verpfändung ſchließt, welche ſich materiell in etwas Weſentlichem von jener nicht unterſcheidet.

Was zuletzt noch die operae servorum et animalium betrifft, ſo beruht die Frage, ob dieſe Servitut Gegenſtand der Verpfändung ſein könne, lediglich darauf, ob ſie nach Analogie des Uſus oder des Uſusfructus zu beurtheilen ſei. Sowohl im Uſus als im Uſusfructus an einem Sclaven ſind deſſen Operä enthalten; der Uſuar kann dieſelben nicht vermiethen, da Ulpian ausdrücklich ſagt: „Operas autem servi usuarii non locabit neque alii utendo concedet“ [20]), während die Möglichkeit der locatio für den Uſufructuar von Cajus anerkannt wird: „In hominis usufructu operae sunt et ob operas mercedes“ und: „Fructus hominis in operis consistit, et retro in fructu hominis operae sunt“ [21]). Nun könnte es freilich ſcheinen, als ſei das Legat der operae wie ein usus legatus zu behandeln, weil Terentius Clemens ſagt: „Operis servi legatis, usum datum intelligi et ego didici et Julianus existimat“ [22]), und da „fructus rei est, vel pignori dare licere“ (Note 9), ſo könnte man hieraus folgern, daß die Verpfändung der Operä unſtatthaft ſei. Gleichwohl glauben wir uns für das Gegentheil ausſprechen zu ſollen, indem wohl Terentius Clemens den Ausdruck usus nicht in dem techniſchen Sinne nimmt, in welchem er einen Gegenſatz zum Uſusfructus bildet, ſondern in dem allgemeinen, in welchem er auch den fructus mit befaßt. Dieß wird deutlich dadurch bewieſen, daß der Legatar die Operä vermiethen kann, was in derſelben Stelle bezeugt iſt, welche ſagt, daß der Berechtigte nicht Fructuarius ſei: „Et quoniam ex operis mercedem legatarius percipere potest, etiam operas ejus ipse locare poterit“ [23]). Iſt hiernach

20) l. 12. §. 6. D. de usu et hab. (7. 8.)

21) l. 3. 4. D. de operis serv. (7. 7.)

22) l. 5. D. eod.

23) l. 2. D. de usu et usufr. per legat. dat. (33. 2.)

die Ausübung dieser Servitut nicht an die Person des Berechtigten gebunden, kann er sie vielmehr gegen Miethlohn einem andern überlassen, so ist nicht wohl einzusehen, warum er sie nicht auch pfandweise einem Andern sollte gestatten (pignus), oder auch zum Gegenstand der Hypothek machen können.

II.

Die Servitut kann nicht bloß in der Weise als Gegenstand des Pfandrechts gedacht werden, daß eine bereits bestehende Dienstbarkeit vom Berechtigten verpfändet ist, sondern es läßt sich auch eine durch die Verpfändung erst entstandene Servitut denken, so daß in Folge des Verpfändungsactes dieses Recht sein Dasein erhalten soll. Ueber die eigenthümliche Bedeutung einer solchen Servitutenbestellung, insbesondere über den Zeitpunkt der Entstehung des Rechts gibt es verschiedene Ansichten. Die älteren Civilisten waren darüber einig, daß dem Pfandgläubiger die Servitut constituirt, daß er der Servitutberechtigte sei[24]), und noch bei Gesterding findet sich die Annahme, daß durch den Verpfändungsact selbst die Servitut entstehe. Dagegen geht Hepp davon aus, daß ein Pfandrecht ohne Gegenstand nicht denkbar sei, daher müsse die Constituirung des Ususfructus und der Prädialservituten nothwendig der Verpfändung voraus gehen. Seit der Schrift von Büchel indessen, welchem unstreitig das Verdienst gebührt, nachgewiesen zu haben, mit welcher rechtlichen Bedeutung Servituten pfandweise bestellt werden können, ist man darüber einig, daß der zu sichernde Gläubiger nicht unmittelbar selbst Servitutberechtigter werde. In der That würde nach der älteren Annahme, gleichviel, ob man mit Gesterding die Errichtung der Servitut in die Verpfändung legen, oder mit Hepp verlangen wollte, daß die Constituirung der Servitut der Verpfändung voraus gehen

24) Die Literatur findet sich bei Glück, Erläut. Bd. XIX. S. 209. Note 43.

müſſe, der Natur der Sache nicht gebührende Rechnung getragen; denn weder kann das Pfandrecht ohne beſtimmten, dem Pfandgläubiger nicht gehörigen Gegenſtand gedacht, noch die Servitut von ihrem Subject, ſei dieſes ein Prädium oder eine Perſon, getrennt werden. Vielmehr liegt in jener Realcaution nichts Anderes, als daß der Cavent dem Gläubiger im Falle der Nichterfüllung eine Servitut zu beſtellen und den aus dieſer Beſtellung zu ziehenden Vortheil für ſeine Befriedigung zu verwenden geſtattet, wobei es dann an der Natur dieſer Verpfändung nichts ändert, wenn dem Gläubiger, ſofern er an der Ausübung der Servitut Intereſſe hat, dieſe unterdeſſen auch zugeſtanden wird. Daß aber das Letztere der einzig mögliche Fall ſei, ſo daß an eine hypothekariſche Verpfändung überall nicht gedacht werden könne, hat Zachariä von Lingenthal mit ſo großer Beſtimmtheit behauptet, daß eine wiederholte Unterſuchung nothwendig geworden iſt. Dieß führt uns nunmehr überhaupt zu der Frage über die poſitive Ausdehnung der Zuläſſigkeit dieſer Realcaution. Die meiſten Neuern nehmen an, daß Felddienſtbarkeiten und Uſusfructus, nicht aber Gebäudedienſtbarkeiten und Uſus in der Weiſe mögliches Pfandobject ſeien, daß ſie ſowohl hypothekariſch als fauſtpfandweiſe vom Eigenthümer dem Gläubiger verſetzt werden könnten. Indeſſen hat ſich von Vangerow [25]) gegen die Ausſchließung des Uſus erklärt, weil der Satz: „fructus rei est vel pignori dare licere“ (Note 9) nur gegen die Verpfändung eines beſtehenden Uſus durch den Uſuar, nicht gegen die dem Gläubiger vom Caventen eingeräumte Befugniß, einen Uſus zu beſtellen, angeführt werden könne. Ganz gegen die in der herrſchenden Anſicht liegende Unterſcheidung zwiſchen Feld- und Gebäudedienſtbarkeiten ſprach ſich neuerlich von der Pfordten (Note 1) aus. Aus den Quellen ſoll nach ſeiner Auffaſſung ſich das Reſultat ergeben, daß alle servitutes praediorum, nicht bloß die Felddienſtbarkeiten, in der

25) Leitfaden für Pand. Vorl. Bd. I. S. 742.

angegebenen Art zum Pfande beſtellt werden könnten. Wieder eine andere Anſicht hat Zachariä von Lingenthal ausführlich vertheidigt, die Anſicht nämlich, der Eigenthümer einer Sache könne ſeinem Gläubiger eine Servitut an derſelben in keinem Falle als Hypothek, in der Regel auch nicht als Fauſtpfand beſtellen, ausgenommen den Uſusfructus, die Habitatio und einige Felddienſtbarkeiten, via, iter, actus und aquaeductus.

Alle dieſe verſchiedenen Anſichten ſtützen ſich zunächſt auf dieſelben Stellen. Zum Zweck einer gründlichen Prüfung haben wir letztere einer ſorgfältigen Unterſuchung zu unterwerfen. Es ſind l. 11 §. 2 und 3 und l. 12 D. de pignoribus (20. 1). Sie lauten ſo:

1) Marcianus lib. singulari ad formulam hypothecariam.

§. 2. Ususfructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille, qui solum usumfructum habet? Et scribit Papinianus libro undecimo Responsorum, tuendum creditorem[26]): et si velit cum creditore proprietarius agere, *non esse ei jus uti frui invito se*, tali exceptione eum Praetor tuebitur, *si non inter creditorem, et eum ad quem ususfructus pertinet, convenerit, ut ususfructus pignori sit:* nam et cum emptorem ususfructus tuetur Praetor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et debitori objicietur exceptio.

§. 3. Jura praediorum urbanorum pignori[27]) dari non possunt, igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint.

---

26) Haloander verſtellt die Sätze, indem er lieſt: „Ususfructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est. Et scribit Papinianus l. XI. Resp., sive dominus proprietatis convenerit, sive ille, qui solum ususfructum habet, tuendum creditorem etc.“

27) Nach Haloander fehlt in manchen Manuſcripten das Wort „pignori.“

2) Paulus lib. LXVIII. ad Edictum.

Sed an viae, itineris, actus, aquaeductus pignoris conventio locum habeat, videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, ut[28]), quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur, scilicet si vicinum fundum habeat: et, si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat. Quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.

Bei den Juriſten, welche über dieſe Stellen geſchrieben haben, finden wir zwei ſich gerade entgegengeſetzte Anſichten; die eine nimmt einen logiſchen Zuſammenhang unter denſelben an, die andere nicht. Dieſe Verſchiedenheit iſt von entſcheidendem Einfluß auf die Exegeſe. Die conſequente Durchführung der zweiten Anſicht hat zum Reſultat, daß jedenfalls zwiſchen Gebäude- und Felddienſtbarkeiten kein Unterſchied ſtattfinde: die beiderlei Servituten könnten als ſchon beſtehend für ſich nicht verpfändet werden, dieß lehre Marcianus in l. 11. §. 3; dagegen könnten die beiderlei Servituten pfandweiſe errichtet werden, dieß lehre Paulus in l. 12. Dieſe Anſicht ſetzt demnach voraus, daß man die Stelle des Marcianus auf die Verpfändung beſtehender Servituten beſchränken und zugleich den Ausſpruch der beiden Stellen, jeden für ſich generaliſiren, alſo den des Marcianus mit auf die jura praediorum rusticorum, den des Paulus mit auf die jura praediorum urbanorum beziehen dürfe[29]). Die Haltbarkeit dieſer Anſicht hängt zunächſt davon ab, ob die darin behauptete Zuſammenhangsloſigkeit unſerer Fragmente zugegeben werden dürfe. Dieſe aber muß entſchieden geläugnet werden, ſchon aus formellen Gründen; denn das erſte Wort der l. 12 beweist, daß ſie ſich im Sinne der Compilatoren an l. 11 anſchließen ſoll, was auch daraus hervorgehen möchte, daß der augenſcheinliche Zuſammenhang zwiſchen l. 11

28) Bei Haloander und in der Vulgata fehlt „ut.“

29) von der Pfordten, a. a. O. S. 29 ff.

und 13 durch die Stelle des Paulus unterbrochen ist, die absichtlich als Gegensatz gegen l. 11 nach dieser eingeschoben ist. In der Edictsmasse des Titels de pignoribus et hypothecis ist offenbar der liber singularis ad formulam hypothecariam von Marcianus für die Compilatoren das Hauptwerk, aus dem sie excerpirten. Die umfassenderen Stellen (l. 5. 11. 13. 16) sind aus jenem liber singularis, und es läßt sich aus ihrem Inhalt annehmen, daß sie ursprünglich sich an einander anschlossen. Jedenfalls kann der innere Zusammenhang zwischen §. 2 und 3 der l. 11 nicht verkannt und es muß angenommen werden, daß die Bedeutung des einen aus dem andern zu erklären und zu ergänzen sei. Nur wenn man diesen Zusammenhang läugnet, kann man mit von der Pfordten die Behauptung wagen, die Worte des §. 3: jura praediorum urbanorum pignori dari non possunt, seien auf die Verpfändung constituirter Servituten zu beschränken. Nun wird aber im §. 2 mit denselben Worten die Frage aufgeworfen: ususfructus an possit pignori hypothecaeve dari und dabei ausdrücklich gesagt, daß diese Frage sich sowohl auf den Eigenthümer als auf den Usufructuar beziehe (sive dominus proprietatis convenerit, sive ille, qui solum usumfructum habet). Der Ausspruch des §. 3 gilt demnach eben sowohl von dem einen, als von dem andern Falle, und es wäre ohne allen Zweifel schleppend gewesen, wenn der Jurist im §. 3 die Worte: sive dominus proprietatis, sive ille qui servitutem habet, hätte wiederholen wollen. Ist hiernach die Isolirung des §. 3 und seine Beschränkung auf bereits bestehende Servituten zurückzuweisen, so fällt auch die Generalisirung Dessen, was von den Gebäudedienstbarkeiten gesagt ist, für alle Prädialservituten hinweg, sobald man den Zusammenhang mit der folgenden l. 12 anerkennt. Nun wurden aber wohl die Compilatoren gerade durch den Inhalt des §. 3, um einer Ausdehnung des von den Gebäudedienstbarkeiten Gesagten auf alle Prädialservituten nicht Raum zu geben veranlaßt, die l. 12 einzuschieben, welche jene Ausdehnung ausschließt. Und ist es richtig, daß

der §. 3 nicht bloß die Verpfändung einer bestehenden Gebäudeservitut negirt, sondern auch daß eine solche Dienstbarkeit pfandweise bestellt werden könne, so muß hinwiederum, was die l. 12 von Felddienstbarkeiten sagt, auf diese beschränkt bleiben und die versuchte Generalisirung muß sich als verwerflich herausstellen.

Aus dem Bisherigen ergibt sich als bestimmtes Resultat, daß Gebäudedienstbarkeiten nach l. 11 §. 3, wie sie nicht als schon bestehend abgesondert für sich vom Berechtigten verpfändet werden können, auch nicht pfandweise zu errichten sind. Wie steht es nun aber mit Felddienstbarkeiten? Für diese haben wir in den Quellen keinen andern Anhaltspunkt als unsere l. 12. Diese Stelle bezieht sich

1) zunächst nur auf vier Servituten dieser Art: via, iter, actus und aquaeductus.

2) Sie wirft in Beziehung auf diese vier Servituten nur die Frage auf, ob sie Gegenstand des Pignus sein können (pignoris conventio).

3) Die Antwort geht über die Frage nicht hinaus, indem ein Ausspruch des Pomponius angeführt wird, wonach darauf zu sehen, daß die pignoris conventio von der pactio begleitet sei, der Gläubiger dürfe, so lange die Forderung nicht erfüllt worden, diese Servituten, vorausgesetzt, daß er einen benachbarten Fundus habe, ausüben und sie, falls die Erfüllung bis zu einem gewissen Tage nicht erfolge, einem Nachbarn verkaufen.

4) Die Billigung der Ansicht des Pomponius wird durch die utilitas contrahentium begründet.

Aus diesem Inhalte der Stelle folgt, sofern wir dieselbe isolirt betrachten, einmal, daß die Frage, ob eine Hypothek in dieser Weise möglich sei, nicht nur nicht beantwortet, sondern in der Stelle selbst ausdrücklich gar nicht aufgeworfen, sondern daß nur ein Fall der oppigneratio als möglich gesetzt ist, der Fall nämlich, wenn der Grundeigenthümer verpfänden will. Denn was vorerst diesen letzten Punkt betrifft, so lautet zwar die Frage, an pignoris conventio locum habeat,

so allgemein, als in l. 11. §. 2, wo die Frage, ususfructus an possit pignori dari sich sowohl auf den Usufructuar als auf den Proprietar bezieht; allein die Antwort setzt nur den Fall als möglich, daß der Grundeigenthümer ein Pignus constituiren wolle, und damit verneint sie implicite den Theil der Frage, welcher auf die Verpfändung durch den Servitutberechtigten bezogen werden darf. Was den ersten Punkt betrifft, so entsteht gleichwohl die weitere Frage, ob der logische Zusammenhang, in welchem die Stelle mit der vorhergehenden in der Absicht der Compilatoren steht, nicht die Nothwendigkeit involvire, was hier vom Pignus im engern Sinne gesagt ist, auch von der Hypothek gelten zu lassen. Diese Frage wird von allen Neuern ausdrücklich oder stillschweigend bejaht; nur Zachariä von Lingenthal hat sich für deren Verneinung ausgesprochen. Die herrschende Ansicht, indem sie von dem bereits begründeten Zusammenhange der l. 11 und 12 ausgeht, findet im §. 3 der ersten Stelle zwei Schlußfolgerungen, die eine ausdrücklich, die andere stillschweigend ausgesprochen:

1) Ausdrücklich: Jura praediorum urbanorum können nicht Gegenstand des Pignus sein; deßhalb können sie auch nicht Gegenstand der Hypothek sein.

2) Stillschweigend: Was Gegenstand des Pignus sein kann, kann auch Gegenstand der Hypothek sein.

Insofern nun in unserer l. 12 von gewissen Servituten gesagt ist, sie könnten Gegenstand des Pignus sein, insofern sich diese Stelle unmittelbar an die vorhergehende Schlußfolgerung anreiht, folgert die herrschende Ansicht aus der Zulässigkeit des Pignus für diese Servituten auch die Möglichkeit der Hypothek. Diese Folgerung ist es, welche Zachariä von Lingenthal verwirft, indem er ausführt, aus den Worten: J. P. U. pignori dari non possunt, igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint, dürfe man nicht schließen, daß wenn die J. P. U. zum Faustpfand eingeräumt

werden könnten, ſie gewiß auch zu verhypotheciren ſeien. Er ſtellt dieſe Induction jener gleich: „Wer keine Ohren hat, kann auch nicht hören; alſo: Wer Ohren hat, muß gewiß auch hören können.“ Marcianus könne nicht ſagen wollen: „die J. P. U. können nicht zum Fauſtpfand, alſo auch nicht zur Hypothek eingeräumt werden“; man müßte denn den Marcianus des groben Irrthums zeihen, daß er geglaubt habe, nur das was zum Fauſtpfand gegeben werden könne, könne auch Gegenſtand einer Hypothek ſein. Sondern er wolle nur ſagen: J. P. U. können nicht zum Fauſtpfand und vollends nicht zur Hypothek gegeben werden.

Es leidet wohl keinen Zweifel, daß Zach. v. Ling. die logiſche Unmöglichkeit, den zweiten obigen Satz aus dem erſten zu folgern dargethan habe. Vielmehr müßte umgekehrt geſchloſſen werden: Inſofern jura praediorum deßhalb nicht Gegenſtand der Hypothek zu ſein vermögen, weil ſie nicht Gegenſtand des Pignus ſein können, muß, was Gegenſtand der Hypothek ſein kann, auch Gegenſtand des Pignus ſein können. Der letzte Schluß würde logiſch allerdings aus dem erſten folgen; es wäre, was im erſten Schluſſe negativ, im zweiten nur affirmativ ausgedrückt. Inſofern aber dieſe Affirmative ſich jedem Juriſten auf den erſten Blick als unrichtig ergeben muß, kann auch der erſte Schluß nicht richtig ſein. Müſſen wir demnach in ſoweit Zach. v. Ling. beiſtimmen, ſo können wir gleichwohl nicht umhin, ihn der Inconſequenz zu zeihen. Denn indem er die illative Bedeutung des Wörtchens igitur verwirft, das er nicht mit „alſo“ überſetzt wiſſen will, ſubintroducirt er dieſe illative Bedeutung durch die Ueberſetzung mit „vollends“ in noch höherem Grade. Wer da ſagt: gewiſſe Servituten können nicht zum Pignus nnd vollends nicht zur Hypothek gegeben werden, der ſchließt von der Unmöglichkeit des Pignus auf die Unmöglichkeit der Hypothek; denn das Wörtchen „vollends“ drückt aus, daß zur Hypothek noch mehr gehöre als zum Pignus; es bezeichnet einen Schluß a minore ad majus, und wie dieſer Schluß überall nur negativ möglich

lich ist, indem die Unmöglichkeit des Minus auch das Majus ausschließt, so würde er hier ganz verwerflich sein, wo gerade das Pignus als Majus sich ergiebt. Denn die Hypothek ist ja weniger als das Pignus, welches letztere allen rechtlichen Gehalt der Hypothek hat, und nur noch etwas mehr, weil damit Besitz verbunden ist. Wir vermögen daher nur den affirmativen Schluß aus dem Pignus auf die Hypothek anzuerkennen: was Gegenstand des Pignus sein kann, das kann jedenfalls Gegenstand der Hypothek sein, und sollen wir diesen Schluß umdrehen, so lautet er dahin: Was nicht Gegenstand der Hypothek sein kann, das kann in keinem Falle Gegenstand des Pignus sein.[30])

Wird es nunmehr gelingen, die positive Begründung des Schlusses: Was Gegenstand des Pignus sein kann, muß auch Gegenstand der Hypothek sein können, nachzuweisen, so werden wir uns im Resultat an die herrschende Ansicht anschließen, ohne uns dem Vorwurf auszusetzen, auf dem Wege logisch unmöglicher Schlußfolgerung zu diesem Resultat gelangt zu sein. Es kommt aber hierbei Alles darauf an, den wahren Sinn unserer l. 11. §. 3. zu ermitteln. Allerdings hat es vielen Schein, wenn man darin den Satz finden will: Gebäudedienstbarkeiten können nicht zum Pignus und deßhalb auch nicht zur Hypothek gegeben werden. Denn es ist keinem Zweifel unterworfen, daß das Wörtchen „igitur“ in der Regel illativ zu nehmen ist; es ist seinem Wesen nach eine Schlußpartikel, die zu bekannten Ursachen und Gründen die Wirkung und Folge angiebt, und zwar, da es unaufgelöst nichts Anderes ist, als „id agitur“, eine vermöge der Denkgesetze nothwendige Folge. So ge-

30) Den ersten Schluß würde man offenbar verdrehen, wenn man ihn so ausdrücken wollte: Nur was Gegenstand des Pignus sein kann, kann Gegenstand der Hypothek sein. Denn es ist nirgend behauptet worden, daß der Gegenstand der Hypothek möglicher Gegenstand des Pignus sein müsse.

brauchten es unzähligemal Cicero[31]) und Andere[32]), ſo kommt es auch nicht ſelten in unſern juriſtiſchen Quellen vor[33]). Dagegen läßt ſich keineswegs läugnen, daß dieſe Partikel nicht immer in der illativen Bedeutung zu nehmen iſt, daß ſie vielmehr theils, nachdem eine vorbereitende Darſtellung geſchloſſen iſt, den Anfang einer Behandlung ex professo[34]), theils eine Recapitulation Deſſen, was im vorigen Satze geſagt war[35]), theils eine bloße Zeitfolge bezeich-

31) Vgl z. B. Nat. Deor. III. 12: „Si omnia, e quibus, quae sunt, cuncta constant, mutabilia sunt, nullum corpus potest esse non mutabile: mutabilia autem sunt illa, ex quibus omnia constant: omne igitur corpus mutabile est.“ II. 6: „Est igitur id, quo illa conficiuntur, homine melius.“ Tusc. I. 29: „quod quum ita sit, certe nec secerni nec dividi nec discerpi nec distrahi potest, nec interire igitur.“

32) Vergl. z. B. Quintil. Inst. V. 14: „Quodsi melius geruntur, quae consilio, quam quae sine consilio administrantur; nihil autem omnium rerum melius, quam omnis mundus administratur: consilio igitur mundus administratur.“

33) Vgl. z. B. l. 3. §. 9. D. ad exhib. (10. 4.): „Judex igitur summatim debebit cognoscere, an ejus intersit“; ferner: l. 3. §. 11. 12. 14. D. eod. l. 9. §. 6. D. de interogatt. in jure (11. 1.) l. 17. §. 1. D. de acquir. poss. (41. 2.) l. 8. pr. D. de transactt. (2. 15) l. 6. §. 2. D. de confess. (42. 2.). In allen dieſen Stellen gebraucht Ulpian das Wort in der rein illativen Bedeutung; eben ſo Julianus in l. 23. D. de conditt. (35. 1.), Papinianus in l. 2. D. de successor. edict. (38. 9.), Paulus in l. 12. §. 6. D. ad exhib. (10. 4.) und derſelbe Marcian, von welchem unſere Stelle iſt, in l. 4. D. de divis. rer. 1. 8.), ſofern wir annehmen dürfen, daß in dieſer Stelle das „igitur“ vom Juriſten, und nicht vielmehr von den Compilatoren herrührt.

34) Vgl. z. B. Cajus IV. 139., wo derſelbe, nachdem er im §. 138. geſagt: „Superest, ut de interdictis dispiciamus“, im §. 139. fortfährt: „Certis igitur ex causis Praetor principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit.“ Vgl. auch §. 1. Inst. per quas personas (2. 9.) mit Caj. II. 87. ferner §. 1. Inst. de obligatt. quasi ex contr. (3. 27. (28.) l. 13. §. 1. D. de usufr. (7. 1.) l. 8. §. 3. D. de transactt. (2. 15.)

35) In dieſer Weiſe kommt es z. B. vor bei Ulpian in l. 24. D

net, wo es dann gleichbedeutend ist mit inde, postea, tum. Ja diese Bedeutung mag sogar die ursprünglichste gewesen sein, was uns Festus (voc. igitur) sagt:

„Igitur nunc quidem pro completionis significatione valet, quae est ergo; sed apud antiquos ponebatur pro inde et postea et tum,“

wie denn auch die erste Stelle der zwölf Tafeln das Wort in dieser Bedeutung enthalten hat, wenn sie heißt:

„Si in jus vocat, ni it, antestator; igitur em capito.“

Ganz von dieser Bedeutung abweichend und mehr wieder zu den erst genannten zurückkehrend ist die Bedeutung von igitur, wenn der damit eingeführte Satz als Grund des vorhergehenden erscheint. Diese Bedeutung ist zugleich recapitulirend und begründend und gränzt nahe an „enim“. Wenn z. B. Marcian ein kaiserliches Rescript über die Folge der Abtreibung mit den Worten anführt:

„Divus Severus et Antoninus rescripserunt, eam quae data opera abegit, a Praeside in temporale exilium dandam,“

und dieses Rescript mit den weitern Worten begründet:

„Indignum enim videri potest, impune eam maritum liberis fraudasse,“ [36])

wenn derselbe Marcian in Betreff der Apostel sagt, es genüge für den Appellanten nachzuweisen, daß er dieselben inständig und öfters, wenn gleich erfolglos verlangt habe, und dann fortfährt:

---

de legat. II. (31.), in l. 1. §. 2. D. quod legat. (43. 3.), besonders aber auch bei Marcian selbst, welcher z. B. in l. 40. §. 1. D. de peculio. (15. 1.), nachdem er zur Beantwortung der Frage: quomodo peculium nascitur, zwei Fälle unterschieden hat, recapitulirend sagt: „ita igitur nascitur peculium“; eben so in l. 6. §. 1. D. de custod. et exhib. reor. (48. 3.): „Igitur qui cum elogio mittuntur, ex integro audiendi sunt.“

36) l. 4. D. de extraord. crim. (47. 11.)

„Aequum est igitur, si per eum steterit, qui debebat eas dare literas, quominus det: ne hoc accipienti noceat,“ [37])

ſo iſt zwiſchen der einen und der andern Begründungsweiſe im Ausdruck kein weiterer Unterſchied, als daß der Juriſt das einemal die ratio mit „enim“, das anderemal mit „igitur“ einführt. In den meiſten Fällen dieſer Art wird man „igitur“ durch „nämlich“ überſetzen können, welches ganz die Zweideutigkeit mit ihm theilt, zwiſchen Grund und Folge in der Mitte zu ſtehen. So gebraucht es namentlich Ulpian, wenn er ſagt:

„Sed cum nulla subest causa propter conventionem, hic constat non posse constitui obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem“. [38])

Der mit „igitur„ eingeführte Satz kann hier offenbar als Grund und als Folge aufgefaßt werden. Iſt hiemit eine Bedeutung von „igitur“ nachgewieſen, die einen Rückſchluß enthält, indem der mit dieſer Partikel eingeführte Satz die Grundlage des Vorderſatzes bildet, ſo ſteigert ſich noch dieſe Bedeutung, affirmativ in einen Zuwachs, negativ in eine Verminderung, ſo daß „igitur“ gleich „vel“ mit ja ſogar, ſintemal wiederzugeben iſt. So gebraucht es unſer Marcian affirmativ in folgender Stelle:

„A sententia inter alios dicta appellari non potest, nisi ex justa causa: veluti si quis in coheredum praejudicium se condemnari patitur, vel similem huic causam: quamvis et sine appellatione tutus est coheres. Item fidejussores pro eo, pro quo intervenerunt: igitur et venditoris fidejussor emptore victo appellabit, licet emptor et venditor adquiescant.“ [39])

Wenn hier der Vorderſatz dahin geht, daß der Bürge appe-

37) l. 1. §. 2. D. de libell. dimiss. (49. 6.)
38) l. 7. §. 4. D. de pactis (2. 14.)
39) l. 5. pr. D. de appellatt. (49. 1.)

liren kann, sofern der Hauptschuldner durch eine Sentenz beschwert ist, so wird nun noch eine Steigerung der Möglichkeit, a sententia inter alios dicta zu appelliren mit der Partikel „igitur“ eingeführt: „ja sogar der Bürge des Verkäufers kann appelliren, wenn der Käufer besiegt ist.“

Fragen wir nunmehr, welche von den verschiedenen nachgewiesenen Bedeutungen die Partikel igitur in unserer l. 11. §. 3. D. de pignoribus habe, so müssen wir aus innern Gründen die illative mit daher, demnach, deßhalb, also zu übersetzende verwerfen. Marcian kann nicht folgern wollen, daß Servitutes P. U., weil es nicht möglich, sie zum Pignus zu bestellen, nicht Gegenstand der Hypothek sein könnten. Zwar stellt dieser Jurist rückwärts die Hypothek dem Pignus gleich, insofern er z. B., was Julian von einem Nebenvertrag beim Verkauf des Pignus sagt, auch für die Hypothek angewendet wissen will.[40]) Allein hier handelt es sich von einem Verhältniß, in welchem die Hypothek ganz unzweifelhaft dem Pignus gleich steht, und um einen affirmativen Schluß ad majore ad minus, welcher überall gestattet ist. In unserm Fragment dagegen betrifft die Frage Etwas, worin ganz gewiß beide Arten des Pfandrechts nicht gleichstehen, den Gegenstand des Pfandrechts und hierin von der Unmöglichkeit des Pignus auf jene der Hypothek zu schließen, ist darum unzulässig, weil viele Dinge Gegenstand der Hypothek sein können, an welchen überhaupt oder dermalen ein Besitz, also auch ein Pignus nicht möglich ist, wie an Forderungen und zukünftigen Sachen.[41]) Dieser Schluß wäre ein negativer a majore ad minus, welcher überall ausgeschlossen ist, da daraus, daß das Größere, Umfassendere nicht möglich ist, noch nicht gefolgert werden kann, daß das Kleinere, weniger Umfassende nicht möglich sei. Es ist aber auch die Einführung eines solchen Schlusses durch „igitur“

---

40) l. 7. pr. D. de distract. pignor. (20. 5.) „.. Sed quod Julianus scribit in pignore, idem et circa hypothecam est.“

41) Sintenis, Pfandr. S. 136. 116.

bei Marcian nicht die gewöhnliche; er gebraucht vielmehr ideoque, et ideo, ideo, ergo, itaque, für welche Ausdrucksweise viele Belege in unſern Digeſten ſich finden.[42]) Vielmehr bildet unſer Fragment eine Parallelſtelle zu l. 5. pr. D. de appellatt. (Not. 39.) Wie in dieſer „igitur et“ affirmativ eine Steigerung bezeichnet, ſo enthält in unſerm §. 3. „igitur nec“ negativ eine Verminderung, und wir werden, da nec gleich richtig als nequidem und als zweite Negation nach der im Vorderſatz enthaltenen, mit non ausgedrückten aufgefaßt wird,[43]) den Satz am Richtigſten ſo wieder geben: „Gebäudedienſtbarkeiten können weder zum Pignus gegeben werden, noch auch nur (nicht einmal) Gegenſtand der Hypothek ſein“,[44]) oder um den Rückſchluß ausdrücklich hervorzuheben: Gebäudedienſtbarkeiten können nicht zum Pignus gegeben werden, ſintemal ſie nicht einmal Gegenſtand der Hypothek ſein können. Hiemit iſt dann zugleich poſitiv der Satz ausgeſprochen: Was Gegenſtand des Pignus ſein kann, das kann auch Gegenſtand der Hypothek ſein, und es läßt ſich nur aus der un-

---

42) Vgl. l. 6. §. 1. D. de divisione rer. (1. 8.) l. 40. pr. D. de peculio (15. 1.) l. 21. §. 2. D. de excusatt. (27. 1.) l. 119. D. de legatt. I. (30.) l. 91. D. ad leg. falcid. (35. 2.) l. 1. §. 10. D. ad SC. Turpill. (48. 16.) l. 3. pr. D. de bonis eor. qui ante sent. (48. 21.) l. 32. D. de jure fisci (49. 14.) l. 7. §. 1. D. de munerib. (50. 4.)

43) Vgl. z. B. Marcian in l. 29. pr. D. de bonis libert. (38. 2.): „operas ei imponere non potest, nec impositas ab eo petere“, wo es gleich „weder.., noch“ iſt, ferner in l. 52. D. de aedil. ed. (21. 1.): „si furtum domino servus fecerit, non est necesse, hoc in venditione servi praedicere, nec ex hac causa redhibitio est,“ wo es gleich „weder.., noch überhaupt“ iſt.

44) Vgl. Marcian in l. 51. §. 1. D. de hered. inst. (28. 5): „non enim hunc casum testatorem voluisse excludere palam est, neque (noch auch nur) verba omnino repugnant“; ferner in l. 25. §. 1. D. de m. c. donatt. (39. 6.): „Filiusfamilias, qui non potest facere testamentum, nec (nequidem) voluntate patris,“ d. h. noch auch nur mit dem Willen des Vaters.

verkennbaren Unrichtigkeit der Exegese, welche aus unserm Fragment die Basis eines Trugschlusses bildet, erklären, wie Zach. von Ling., indem er ihn als solchen nachweist, das zufälliger Weise richtige Resultat desselben verwerfen kann, ohne sich selbst die Einwendung zu machen, daß das Pignus überall eine Hypothek in sich schließt, und was es mehr enthält, der Besitz, nur eine für die Eigenschaft des Pfandrechts selbst unwesentliche Zuthat geworden ist.[45])

Ist hienach mit l. 11. §. 3. D. de pignor. der Satz belegt: Was Gegenstand des Pignus sein kann, das muß jedenfalls auch (um so mehr auch) Gegenstand der Hypothek sein können, und erklärt weiter die mit dieser l. 11. §. 3. schon formell in Zusammenhang gebrachte l. 12. von Feldbiestbarkeiten, daß und wie sie Gegenstand des Pignus sein könnten, so muß hierin zugleich der Satz liegen, daß sie auch hypothekarisch zu verpfänden seien. Dieß erhielt seine Bestätigung durch Das, was wir nunmehr über den Ususfructus auszuführen haben, wobei zugleich die entgegengesetzte Ansicht Zachariäs v. Ling., daß diese Servitut nicht Gegenstand der Hypothek, wohl aber des Pignus sein könne, zu würdigen ist.

Daß der Eigenthümer den Ususfructus an seiner Sache zum Gegenstand des Pignus machen könne, ist in unsern Quellen wiederholt ausgesprochen. Am Bestimmtesten und Unzweideutigsten sagt es ein Rescript von Gordian:

„Sed si vos usumfructum possessionis tantummodo pignori dedistis, isque qui accepit alii eam possessionem, cujus usumfructum nexum habebat, sine vestra voluntate pignoraverit: creditor ejus id, in quo pignoris vinculum non constitit, distrahens, dominio vos privare nequivit.“[46])

Offenbar hatte in dem diesem Rescript zum Grunde liegenden Falle der Eigenthümer einer Besitzung (possessio) den

45) Puchta, Cursus der Instit. Bd. II. S. 716. f.

46) l. 1. cod. si pignus pignori (8. 24.)

Ususfructus an derselben zum Pignus gegeben. Daß aber der Eigenthümer die Servitut des Ususfructus auch zum Gegenstand einer Hypothek machen könne, scheint uns so bestimmt als möglich in l. 11. §. 2. de pign. von Marcian ausgesprochen zu sein, da hier eine Induction vom Pignus auf die Hypothek so gewiß vorliegt, daß aller Scharfsinn Zachariä's von Ling. dazu gehört, diesen Punkt zweifelhaft zu machen. Das aber kann selbst von ihm nicht geläugnet werden, daß Marcian in dem Eingang die Frage, ob der Eigenthümer den Ususfructus verpfänden könne, in der doppelten Richtung auf das Pignus und die Hypothek aufwirft. Auf eine bestimmte Frage gehört eine präcise Antwort, und liegt diese nicht in dürren Worten vor, so müssen wir sie durch Argumentation zu gewinnen suchen. Nun fragt der Jurist, ob der Ususfructus vom dominus proprietatis zum Pignus oder zur Hypothek gegeben werden könne und beantwortet diese Frage in Beziehung auf das erstere bejahend. Soll aber hierin eine Antwort für die Hypothek liegen, so wäre das Argument, dessen wir uns bedienen können, entweder das Argumentum a contrario, indem wir annehmen würden, was der Jurist in der bejahenden Antwort nicht erwähne, das habe er verneinen wollen, oder das Argumentum a majore ad minus, indem wir anzunehmen hätten, daß durch die Bejahung der Frage für das Umfassendere, auch die Zulässigkeit des minder Umfassenden ausgesprochen sei. Ein Drittes ist nur möglich, wenn wir der Forderung einer präcisen Antwort auf eine bestimmte Frage entsagen und demnach annehmen, unser Jurist habe sich in seinem liber singularis ad formulam hypothecariam über einen, die Natur der hypothekarischen Klage unmittelbar berührenden, von ihm selbst in Frage genommenen Punkt gar nicht ausgesprochen. Dieses Dritte entschließt sich seiner Ansicht zu Liebe Zach. v. L. zu thun, obwohl er auch auf das Argumentum a contrario als möglich hinweist. Indem er nämlich die Worte des §. 3. zu Hülfe nimmt, glaubt er annehmen zu dürfen, Marcian habe dem Resultat nach in beiden §§en gesagt: „Der

Ususfructus kann allenfalls als Faustpfand verpfändet werden, die jura P. U. aber nicht einmal als Faustpfand und vollends nicht als Hypothek." Da wir uns indessen bereits über die Bedeutung des §. 3. ausgesprochen haben, so wird es uns, indem wir unsern Satz: Was Faustpfand sein kann, das kann auch jedenfalls Gegenstand der Hypothek sein, als erwiesen voraussetzen, leicht werden, den wahren Zusammenhang zwischen beiden §§en herauszustellen. Im §. 2. giebt der Jurist auf die Frage, ob der Ususfructus vom Eigenthümer verpfändet werden könne, sei es als Pignus, sei es als Hypothek, die Antwort, er könne als Pignus Gegenstand des Pfandrechts sein, und hierauf folgt im §. 3. die Versicherung, Gebäudeservituten könnten weder Gegenstand des Pignus, noch auch nur der Hypothek sein. Insofern damit der affirmative Schluß a majore ad minus gegeben ist, wirkt diese Folgerung auch auf die im §. 2. besprochene Frage zurück, und so liegt im §. 3. zugleich die Bejahung der Frage, ob der Ususfructus Gegenstand der Hypothek sein könne. Dieß müssen wir um so mehr annehmen, als der §. 3. auch in anderer Beziehung eine Bejahung der im §. 2. aufgeworfenen Fragen enthält; denn wie bereits oben ausgeführt ist, beantwortet der §. 2. direct eigentlich nur die Frage, ob der Usufructuar den Ususfructus verpfänden könne und die uns hier beschäftigende Hauptfrage, ob der Proprietar verpfänden könne, ist in den Worten Marcians „et si velit — tuebitur" gar nicht berührt. So gewiß wir aber diese Frage in den vorhergehenden allgemeinen Worten Papinians „tuendum creditorem" in Beziehung auf Pignus beantwortet finden müssen, so gewiß sind diese Worte auch auf die Hypothek zu beziehen. Wir haben uns daher den Gang der Stelle so zu denken, daß Marcian fragt: Kann der Ususfructus

1) vom Proprietar
   a) zum Pignus
   b) zur Hypothek
2) vom Usufructuar

a) zum Pignus
b) zur Hypothek

gegeben werden? Auf dieſe zweimal zweifache Frage antwortet Marcian mit Papinians Worten ein für alle Mal: tuendum creditorem, und hiermit hat er ſämmtliche vier Fragen bejaht, da wir nicht berechtigt ſind, die allgemeine Antwort willkührlich zu beſchneiden. Daß Marcian in den weiter folgenden Worten nur die eine der vier Fragen ſpeciell ausführt, die Frage nämlich, ob der Uſufructuar ſeinen Uſusfructus oppignoriren könne, und daß er nur an dieſem Falle zeigt auf welchem Wege das Pfandrecht geltend gemacht werde, hebt die Allgemeinheit der Worte „tuendum creditorem“ keineswegs auf. Dieſe Specialität hebt jene Allgemeinheit um ſo weniger auf, als der folgende §. 3. durch ſeinen ganzen Inhalt auf die Allgemeinheit der Antwort zurückweiſt. Dieſes Reſultat ſtellt ſich wo möglich noch feſter, durch eine Parallelſtelle[47]) in l. 15. pr. D. de pignorib. (Not. 13.) Freilich läugnet Zach. v. Ling., daß hier Cajus von der Verhypothecirung des Uſusfructus durch den Proprietar ſpreche. Um dieſes zu können, erlaubt er ſich in den Worten: „et ea quae nascuntur das et in ut zu verwandeln. Womit aber ſollte dieſe Conjectur (denn von einer handſchriftlichen Unterſtützung des ut iſt entfernt nicht die Rede) gerechtfertigt werden können? Es kann bei genauerer Prüfung doch wohl keinem Zweifel unterliegen, daß die Frage, was „et ea que nascuntur“, nachdem ſchon vorher die Fructus pendentes, die Sclavenkinder, die Jungen der Thiere angegeben worden, noch heißen ſolle, keinen Grund für jene Aenderung abgeben könne. Bei einem ſo wenig wortkargen Autor wie Cajus kann es denn doch in der That nicht auffallen, wenn er, nachdem er im Einzelnen

47) Darin muß man allerdings Zach. v. Ling. beiſtimmen, daß die l. 8. pr. D. quib. mod. pignus (ſ. Not. 14.) als Parallelſtelle für die hier verhandelte Frage nicht benützt werden kann, indem ſie nur von dem verpfändenden Uſufructuar ſpricht.

was noch nicht ist, aber sein wird, als möglichen Gegenstand der Verpfändung bezeichnet hat, diese Einzelheiten in einer generellen Wiederholung zusammenfaßt. Er sagt: Auch was noch nicht ist, aber sein wird, kann zur Hypothek gegeben werden, so daß also hängende Früchte, der partus ancillae, die Jungen der Thiere, überhaupt Alles, was geboren werden wird, zur Hypothek obligirt werden kann. „Et ea quae nascuntur" ist demnach so viel als: „et omnino (oder: ut uno verbo dicam) ea, que nascuntur", welche Bedeutung von et kaum eines Belegs bedürfen wird.[48]) Ist demnach die Lesart et ea an sich zu rechtfertigen, so möchte andererseits die Veränderung in ut in sprachlicher Beziehung sich nicht wohl empfehlen, indem die Wiederholung des ut in verschiedener Bedeutung keineswegs eine reine Diction wäre. Fassen wir die Stelle einfach auf, wie sie steht, so sagt sie: die zukünftigen Dinge können zur Hypothek gegeben werden, so daß die Früchte ꝛc. verhypothecirt sind; und dieß gilt, mag

1) der dominus fundi
   a) den Ususfructus
   b) die Früchte durch Vertrag verpfänden, mag
2) der Usufructuar
   a) den Ususfructus
   b) die Früchte verpfänden.

Daß die Wirkung der Verpfändung in 1, a, dieselbe sein müsse wie in in 2, a, folgt aus dieser Auffassung nicht. Jeder der beiden Verpfändungsverträge hat eben die Wirkung, die er seiner Natur nach haben kann, und daß in 2, a, der Pfandgläubiger nur die Ausübung des Ususfructus veräußern kann, um sich bezahlt zu machen, ist noch kein Grund, daß in 1, a, dieselbe Beschränkung statt findet. Nun ist aber schlechterdings kein civilistisches Hinderniß einzusehen, weshalb der Eigenthü-

48) Vgl. z. B. nur Cic. Tusc. V. 4: „Studiose ab his siderum magnitudines, intervalla, cursus anquirebantur et cuncta coelestia." Acad. II. 27: „Quanto artificio est sensus nostros, mentemque, et totam constructionem hominis fabricata natura!"

mer, welcher ohne allen Zweifel, und wie auch Zach. v. Ling. selbst zugiebt, den Ususfructus faustpfandweise versetzen kann, denselben nicht auch bloß hypothekarisch verpfänden könnte. Der wesentliche Gehalt des Pfandrechts ist in beiden Fällen derselbe; dem Gläubiger haftet die Sache des Verpfänders in der Art, daß er die Früchte verkaufen, und, im Falle es nothwendig wird, selbst den Ususfructus verkaufsweise bestellen kann. Beide Fälle unterscheiden sich nur dadurch, daß im ersten Falle der Pfandgläubiger die corporis detentio und die juris quasi possessio hat, also die Früchte selbst zieht und an ihnen als Faustpfändern eine corporis possessio erlangt, während im zweiten der Verpfänder unverändert auch naturaliter fortbesitzt und die Früchte zieht, welche dem Gläubiger nur hypothecarisch verpfändet sind.[49]) Was das Verkaufsrecht betrifft, so ist es bekanntlich ohne wesentlichen Einfluß darauf, ob der Gläubiger pignerаticius oder hypothecarius creditor ist. Für unsere Frage zeigt sich der Unterschied nur darin, daß der Erstere dem Käufer der Früchte diese selbst, dem Käufer des Ususfructus die res fructaria zum Ususfructus, also die Detentio übergiebt, während der Zweite sich entweder durch die hypothekarische Klage in beiderlei Rücksicht dem pignerаticius gleichsetzt und dann tradirt, was zu tradiren ist, oder da man als Pfandgläubiger, um verkaufen zu können gar nicht selbst zu besitzen braucht[50]), dem Käufer seine hypothekarische Klage abtritt, damit dieser selbst sich den Besitz verschaffe.[51])

Ist hiemit für den Eigenthümer die Möglichkeit, den Ususfructus nicht bloß Faustpfand- sondern auch hypothek-

---

49) Daß die Früchte selbst dem Pfandgläubiger verpfändet sein müssen, geht aus l. 15. pr. D. de pignorib. nach unserer Interpretation dieser Stelle hervor. Nur wenn man die Stelle so interpretiren wollte wie Zach. v. Lingenthal, müßte man auch in der Regirung dieses Pfandrechts mit ihm übereinstimmen.

50) l. 7. pr. D. de distract. pig. (20. 5.) (vgl. Not. 40.) l. 13. D. eod. l. 2. 3. 4. cod. eod.

51) Sintenis, Pfandr. S. 518.

weise zu verpfänden, nachgewiesen und führen uns die Quellen nothwendig auf diese Möglichkeit, können wir überhaupt von der Zulässigkeit des Pignus auf jene der Hypothek schließen, so muß nun auch das vom Ususfructus Ausgeführte auf jene Prädialservituten Anwendung finden können, von welchen die Quellen unzweifelhaft aussagen, daß sie der Eigenthümer faustpfandweise versetzen könne. Der Sinn einer solchen Verpfändung ist nach dem bereits Ausgeführten im Wesentlichen kein anderere, als daß der Eigenthümer sein Prädium dazu benützt, dem Gläubiger eine Sicherheit dadurch zu geben, daß er ihm gestattet, für den Fall der Nichtbefriedigung eine Servitut verkaufsweise zu bestellen, welche an und für sich nur der Eigenthümer aus seinem Eigenthum ablösen kann. Außerwesentlich ist es offenbar, daß der Gläubiger, welcher dann selbst ein praedium vicinium haben muß, diese Servitut einstweilen ausübe. Nur das Letzte macht das hier in Frage stehende Pfandrecht zum Pignus. Sollte nun aber der wesentliche Gehalt des Pfandrechts nicht ohne die außerwesentliche Zuthat gedacht werden können? Ein innerer Grund liegt nicht vor. Zwar beruft sich Zach. v. Lingenth. darauf, daß eine Hypothek ohne hypothecaria actio nichts, hier aber eine hypothecaria actio nicht denkbar sei, ohne daß der Creditor ein praedium vicinum hätte. Allein dieser Einwand würde sich auch dann entfernen lassen, wenn man diese Voraussetzung als begründet annehmen wollte: die Anwendbarkeit dieser Art der Verpfändung wäre dann eben nur auf weniger Fälle beschränkt. Sehen wir aber auf unsere l. 12. D. de pignor. so ergibt sich, daß diese Stelle das praedium vicinum nur für den pigneraticius creditor fordert („ut quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur, scilicet si vicinum fundum habeat"). Was aber Erforderniß für das Pignus ist, ist es noch nicht für die Hypothek. Die hypethecaria actio hat nun allerdings die Wirkung, daß sie dem Pfandgläubiger den Besitz der verpfändeten körperlichen Sache verschafft; dieß ist aber nicht ihr nächster eigentlicher Zweck. Letzterer

beſteht ja vielmehr darin, daß das Pfandrecht anerkannt werde. Stellt ſie nun in unſerm Falle der Creditor an, ſo verlangt er Anerkennung ſeines Rechts, eine Servitut zu beſtellen, oder hat er dieß ſchon gethan, Anerkennung des beſtellten Rechts. Denn daß der Pfandgläubiger, um den Pfandgegenſtand zu verkaufen, nicht ſelbſt beſitzen müſſe, iſt ja anerkannten Rechtens (Not. 50.). Er kann daher auch den zu ſeiner Befriedigung führenden Verkaufsvertrag über die Servitut abſchließen, ohne in dem Beſitze des Grundſtücks zu ſein. Was aber iſt ſeine Intentio, wenn er die Klage anſtellt: Dieſe Frage hängt mit dem Weſen der formula hypothecaria zuſammen. Letztere iſt, wo eine res corporalis verpfändet wurde, eine in Factum concipirte Vindication. Als weſentlicher Beſtandtheil der Intentio wird uns genannt: die Conventio und die Nichtbefriedigung durch den Schuldner; auf dieſe Facta, auf ihre Wahrheit kommt es vor Allem an („quia verum est, convenisse de pignoribus, nec solutam esse pecuniam“ [52]), weßhalb auch dieſe Thatſachen zuſammen geradezu als Intentio der hypothekariſchen Rechtsmittel bezeichnet werden, z. B. von Severus und Antoninus:

„Si pecuniam tibi non esse numeratam, atque ideo frustra cautionem emissam adseris, et pignus datum probaturus es; in rem experiri potes: nam intentio dati pignoris, nec numeratae (neque redditae) pecuniae non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit. Eademque ratione veritas servetur, si te possidente pignus, adversarius tuus agere coeperit.“ [53])

---

52) l. 13. §. 1. D. ad SC. Vellej. (16. 1.). Schon Cato (de R. R. 146. 149.) erwähnt bei der Verpfändung der Illaten dieſen Beſtandtheil der Formula mit den Worten: donicum solutum erit aut ita satis datum erit, quae in fundo illata erunt, pigneri sunto.“

53) l. 1. cod. de non num. pec. (4. 30.). Dieſes an Hilarius,

Das Darlehen war hier nicht ausgezahlt, aber der Schuldschein bereits ausgestellt, auch ein Pfand gegeben; der Verpfänder soll das Pfand zurückfordern können (in rem experiri = die Eigenthumsklage anstellen), und es steht ihm nicht die Einrede aus dem Pfandvertrag entgegen, die hier bezeichnet wird als „intentio dati pignoris, neque numeratae s. redditae pecuniae"; dieß ist der dem Rechtsmittel zur Geltendmachung des Pfandrechts, geschehe dieß durch Klage oder Exceptio, eigenthümliche Gehalt.[54]) Da aber die Klage in rem ist[55]), so kommt es zugleich darauf an, daß der Beklagte besitze[56]), und daß der Pfandgegenstand zur Zeit der Verpfändung in bonis des Verpfänders gewesen sei. Daß dieses der Kläger beweisen müsse, ist außer allem Zweifel[57]), und daraus folgt dann, daß es Bestandtheil der Formula war, wie denn auch nach einem Rescript von Diocletian und Maximian „serviana actio declarat evidenter, jure pignoris teneri non posse, nisi quae obligantis in bonis fuerant"[58]). Die Klage ist aber auch arbitraria[59]), weßhalb

---

(Hilarus, Illarus, Hilara) gerichtete Rescript vom 1. Sept. 197 kommt noch einmal im Codex als l. 1. cod. si pignoris convent. (8. 33.) vor. In der letzten Stelle steht nur „neque redditae pecuniae" statt „nec numeratae pecuniae."

54) Unrichtig ist demnach wohl die Stelle im deutschen Corpus juris Bd. V. S. 604 von Treitschke übersetzt, wenn die Worte so wiedergegeben werden: „denn die Absicht für nicht gezahltes Geld ein Pfand zu geben, bleibt nur insofern wirksam, als die Schuld als redlich sich erweist." Richtiger ist sie übersetzt ebendaselbst Bd. VI. S. 217. von Sintenis, welcher die Worte so wiedergiebt: „denn der Einwand der Pfandbestellung und noch nicht geschehenen Rückzahlung des Geldes wird nur dann gelten, wenn an der Wahrheit des Darlehens kein Zweifel haftet."

55) l. 18. cod. de pignor. (8. 14.) l. 17. D. eod. (20. 1.)

56) l. 16. §. 3. D. de pignor. (20. 1.) s. unten Not. 60.

57) l. 23. D. de probat. (22. 3.): „illud quoque (actor) implere debet, rem pertinere ad debitorem eo tempore, quo convenit de pignore; aut cujus voluntate hypotheca data sit".

58) l. 6. cod. si aliena res pignori dat. (8. 16.)

59) §. 31. Inst. de actt. (4. 6.)

der Beklagte der Condemnation entgeht, wenn er entweder rem reſtituirt, oder die Schuld zahlt. So ſagt Marcian:

„In vindicatione pignoris quaeritur an rem de qua actum est, possideat is, cum quo actum est? Nam si non possideat, nec dolo fecerit, quo minus possideat, absolvi debet. Si vero possideat, et aut pecuniam solvat, aut rem restituat, aeque absolvendus est. Si vero neutrum horum faciat, condemnatio sequetur.“ [60])

Was folgt nun aus dieſem weſentlichen Inhalt der hypothecaria formula für unſere Frage? Um dieſes zu beantworten und die Anſicht zu widerlegen, daß es dem Gläubiger, dem vom Eigenthümer eine Prädialſervitut blos hypothekariſch verpfändet ſei, an der Möglichkeit gebreche, die hypothecaria actio anzuſtellen, müſſen wir uns nur deutlich machen, wie der pigneraticius creditor ſein Pfandrecht verfolge. Denn kommt dieſer aus dem Beſitz des Pignus, ſo ſteht er bekanntlich dem hypothecarius ganz gleich; die von beiden zur Geltendmachung ihres Pfandrechts anzuſtellende Klage iſt dieſelbe: „Inter pignus autem et hypothecam (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil interest“ [61]). Setzen wir nun den Fall, dem Gläubiger war eine Wegſervitut faktiſch überlaſſen worden; der Verpfänder veräußert das praedium serviens und der Erwerber deſſelben läßt die Ausübung nicht zu, indem er erklärt, er erkenne ein derartiges Pfandrecht des Gläubigers nicht an; dieſer drängt den Schuldner vergebens auf Zahlung der Schuld und iſt nun, um den letzten Zweck des Pfandrechts zu erreichen und jedenfalls volle Sicherheit für ſeine Forderung zu haben, obgleich urſprünglich pigneraticius creditor, eben ſo im Falle, ſein Pfandrecht klagend geltend zu machen, die quasi serviana actio anzuſtellen, wie derjenige, welchem von Anfang an nicht mehr zuſtand als eine Hypothek. Soll nun der

60) l. 16. §. 3. D. de pignorib. (20. 1.)

61) §. 7. Inst. de actionib. (4. 6.)

Beklagte absolvirt werden, so muß er entweder pecuniam solvere oder rem restituere; daher ist auch in unserm Fall die pignoris vindicatio auf die res selbst gerichtet; der Gläubiger klagt gerade so, wie wenn ihm das Prädium selbst verpfändet wäre und der Sinn der ganzen Pfandbestellung ist kein anderer als: dem Pfandgläubiger haftet das praedium serviens, nur mit dem Unterschiede, daß er zum Zwecke seiner Befriedigung nicht das Grundstück selbst verkaufen will und soll, sondern nur eine Servitut. Hierbei zeigt sich kein rechtlicher Unterschied zwischen Pignus und Hypothek, der Faustpfandgläubiger erlangt mit der Pfandklage nichts Anderes als der hypothekarische. Eben deßhalb müßte dem creditor pigneraticius in unserm Falle eigentlich auch das ganze Prädium selbst eingeräumt, er müßte possessor corporis sein. Dieß würde dann nicht einmal ein vicinum praedium als quasi dominans voraussetzen. Allein dieß wäre gegen die utilitas contrahentium. Letzterer entspricht vielmehr nach Paulus Ansicht der Ausweg, welchen Pomponius angiebt. Bloß für diesen Ausweg (ut talis pactio fiat, ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur) ist dann auch der vicinus fundus des Creditor gefordert (scilicet si vicinum fundum habeat).

Eine andere Bedeutung hat dieser Verpfändung der Prädialservituten der gelehrte Recensent Zachariä's v. Ling., Rudorff beigelegt (Note 2.). Er geht davon aus, daß der Pfandgläubiger, welcher für seine Person nur den Besitz der Servitut habe, durch die Distraction seinem Käufer nicht das Recht constituire, welches er selbst nicht habe, und das nur der Eigenthümer durch Mancipation oder Cession, also in eigener Person zu bestellen die Macht habe. Die l. 12. D. de pignor., bezieht er, abweichend von Zachariä v. Lingenthal, auf die Hypothek und, abweichend von der hier vertheidigten Ansicht, nicht auf das Pignus, während er zugleich annimmt, daß Rusticalservituten auch vom Eigenthümer des praedium dominans hypothekarisch sowohl, als faust-

pfandweiſe verpfändet werden könnten. Indem wir die der Ausführung inne wohnende Conſequenz vollkommen anerkennen, müſſen wir gleichwohl dieſe Anſicht, und zwar nach dem Inhalt der mehr beſprochenen l. 11. und 12. D. de pignor. verwerfen. Wir halten nämlich

1) den erſten Satz, daß der Fauſtpfandgläubiger nicht das Recht ſelbſt, ſondern immer nur den Beſitz übertrage, für unerweislich. Sehen wir zunächſt auf das Pfandrecht an körperlicher Sache, nach deſſen Analogie das hier beſprochene überall aufzufaſſen iſt, ſo hat der Pfandgläubiger entweder den Beſitz, oder wenigſtens ein Recht auf den Beſitz. Ohne uns auf das ältere Recht hier einlaſſen zu wollen, iſt es unbeſtritten, daß der Pfandgläubiger jedenfalls nach neuerem Rechte *weſentlich* die Veräuſſerungsbefugniß habe, und an einem anderen Orte iſt von uns nachgewieſen, wie in dieſem Veräußerungsrechte der Hauptgehalt des jus in re beruhe.[62]). Dieſe Alienation iſt hier regelmäßig die Uebertragung des Eigenthums auf den Erwerber der Sache, wie denn Juſtinian ausdrücklich ſagt:

> „Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienare non possit: *et contra qui dominus non sit, alienandae rei potestatem habeat*... Contra autem creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit, alienare potest.“ [63])

Auch nennt er dieſe Alienation pignorum distractio und führt die Veräußerungsbefugniß des Gläubigers auf den Willen des Debitor zurück („sed hoc forsitan ideo videtur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari“). So wenig aber Derjenige, dem eine körperliche Sache verpfändet iſt, bloß den Beſitz überträgt, eben ſo wenig Derjenige, dem die Servitut verpfändet iſt, die bloße quasi possessio. Er überträgt vielmehr das Recht ſelbſt, wie denn auch Paulus

62) Arch. f. d. civil. Praxis Bd. XXVIII. S. 398. ff. Ueber die auch ſchon in dem alten Pignus liegende Veräuſſerungsbefugniß des Gläubigers Ebendaſ. S. 353 f.

63) pr. und §. 1. Inst. quib. alienare licet (2. 8.)

in unſerer l. 12. D. de pignor. ausdrücklich vom Verkauf der Servitut ſpricht, welche der Gläubiger einſtweilen ausübt („eis servitutibus creditor utatur, .. et .. vendere eas vicino liceat"). Was daher ſonſt von der Servitutenbeſtellung und ihren Erforderniſſen gilt, das gilt auch hier.

2) Daß die l. 12. D. de pignor. zunächſt oder gar nur von der Hypothek handle, halten wir für unerweislich. Es iſt darin zunächſt von der pignoris conventio die Rede, und die ſofort erwähnte Pactio iſt eben der hier utilitatis causa zugelaſſene beſondere Vertrag. Aus den Worten: eis servitutibus creditor utatur" folgt denn doch nicht, daß jene Pactio das hier beſprochene Pfandrecht zur Hypothek mache, da ja die Hypothek gerade dadurch vom Pignus ſich unterſcheidet, daß der Gläubiger die possessio nicht mit überkommt. Freilich könnte man vielleicht aus l. 9. §. 1. D. de pignor. das Reſultat ziehen wollen, daß der hypothekariſche Gläubiger nothwendig in der Lage ſein müſſe, die Servitut ſelbſt ausüben zu können, was namentlich für den Fall von Bedeutung wäre, daß er aus Mangel eines Käufers ſich das Pfandobject müßte zuſchlagen laſſen; allein die Worte: „Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignerationem recipere potest," gehen nur auf die Beſchaffenheit des Pfandgegenſtandes; dieſer muß zu verkaufen ſein. Dagegen kann ſich Jemand recht gut eine Sache verpfänden laſſen, welche er für ſich niemals kaufen könnte; denn:

„In quorum finibus emere quis prohibetur, pignus accipere non prohibetur." [64])

Deßhalb iſt denn auch für den creditor hypothecarius in unſerm Falle der Beſitz eines Praedium vicinum durchaus nicht nothwendig. [65]) Macht nun in unſerer l. 12. die Pactio

64) l. 24. D. de pignorib. (20. 1.)

65) Aus dieſem Grunde iſt auch die Anſicht von Sintenis (Pfdr. S. 125) nicht zu billigen, daß der Pfandgläubiger, welcher ſein ihm eigenthümliches praedium vicinum veräußere, ſich dadurch um ſein Pfandrecht bringe.

nur das Pignus wirklich, ohne daß der Gläubiger den Besitz des verpfändeten Grundstückes selbst erlangen muß, so dient auch

3) unsere Stelle nicht dazu, die Möglichkeit zu beweisen, daß der Servitutberechtigte seine Servitut verpfände. Denn nehmen wir einen Augenblick auch wirklich an, derselbe könne seinem Gläubiger den usus servitutis unter der Voraussetzung verpfänden, daß dieser ein praedium vicinum hätte, wie würde diese Annahme zu dem Ausspruche passen, daß derselbe Gläubiger die (ihm quoad usum zustehende) Servitut, wenn er nicht bezahlt würde, einem Andern verkaufen dürfte (vendere eas vicino liceat)?

Sind diese Einwendungen gegen Rudorffs Ansicht gegründet und rechtfertigt sich unsere Auffassung aus der allgemeinen Natur des Pfandrechts, wie sie sich jedenfalls im neuern Recht ergiebt, so fragt sich nur noch, für welche Felddienstbarkeiten die Verpfändungsmöglichkeit anzunehmen sei. Die herrschende Ansicht, der für das praktische Resultat auch Rudorff beistimmt, nimmt sie für alle an. Zach. v. Ling. dagegen beschränkt sie auf die in l. 11. D. de pignor. namentlich genannten via, iter, actus, aquaeductus. Seine Gründe für diese Beschränkung beruhen zunächst darauf, daß die Gestattung des Pignus an diesen Rusticalservituten eine Ausnahme von der allgemeinen Regel involvire, indem einmal an und für sich eine noch nicht bestehende Servitut nicht Gegenstand eines Pfandrechts sein könne, weil sie noch nichts Wirkliches und die Verpfändung einer zukünftigen Sache in diesem Sinne nicht statthaft sei, sodann aber indem die Servitut erst durch den Pfandgläubiger, der das Pfand veräußert, bestellt, also erst bei dem Käufer als Recht verwirklicht werden solle, zur Zeit der Verpfändung aber unmöglich bekannt sein könne, wer künftig das Pfand kaufen, welchem Grundstück also die zu verpfändende Servitut eventuell bestellt werden solle, man also auch bei der Verpfändung in der Regel noch nicht wissen könne, welches der Inhalt und Umfang dieser eventuell

zu bestellenden Servitut sein werde, man demnach auch nicht schon vorläufig die Befugnisse, welche diese Servitut dereinst enthalten werde und solle, aus dem Eigenthum des Schuldners faktisch ausscheiden und dem Gläubiger zum Faustpfand überlassen könne. Finde sich nun bei via, iter, actus, aquaeductus eine Abweichung, so sei dieß eine Ausnahme, welche ebendeßhalb nicht generalisirt werden dürfe. Dieß folge aus den Worten der l. 12. D. de pignor. selbst; denn Paulus rechtfertige die Verpfändung der vier genannten Servituten nicht durch allgemeine Gründe, sondern durch die utilitas contrahentium, und da greife der Grundsatz desselben Paulus ein: „Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias“ [66]). Als Grund aber, warum gerade diese vier Servituten Gegenstand des Pignus sein könnten, führt Zach. v. Ling. an, daß just bei diesen eine gewisse Unbestimmtheit des Umfangs kein Hinderniß der Entstehung sei.

Diese Begründung ist schon in unserer bisherigen Ausführung widerlegt; es bedarf daher hier nur weniger Bemerkungen:

1) Schon Rudorff hat mit Grund darauf aufmerksam gemacht, daß man das Recht des Wasserschöpfens und der Viehtränke nicht weniger unbestimmt nennen könne, als jene vier Dienstbarkeiten.

2) Daß die Servituten-Verpfändung eine andere Bedeutung habe, als die einer zukünftigen Sache, daß vielmehr das ganze Prädium in den Pfandnexus gezogen sei und nur der Verkauf nicht auf das Grundstück selbst, sondern auf die Servitut gehe, ist bereits ausgeführt. Ebendeßhalb kann

3) diese Pfandbestellung auch nicht als Singularität betrachtet werden. Vielmehr folgt ihre Möglichkeit schon aus der Möglichkeit, die Servitut zu verkaufen; denn: „quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignerationem re-

66) l. 14. D. de legib. (1. 3.)

cipere potest.“ [67]) Daß aber nicht bloß die genannten vier Rusticalſervituten verkaufsweiſe beſtellt werden können, darüber wird wohl kein Zweifel ſein dürfen.[68]) Was in l. 12. D. de pignor. von der utilitas contrahentium geſagt wird, iſt bereits erklärt. Will man hier von einer Singularität ſprechen, ſo wird ſie viel eher bei den Gebäudedienſtbarkeiten zu ſuchen ſein, welche nicht Gegenſtand des Pfandrechts ſein können. Liegt aber in der Verpfändung der vier Feldſervituten keine Singularität, ſo iſt auch

4) nicht einzuſehen, warum dieſe Möglichkeit der Verpfändung auf dieſelben eingeſchränkt ſein ſollte. Dies iſt um ſo weniger anzunehmen, als in l. 12. D. de pignor. keine Hinweiſung darauf zu finden, vielmehr deren Faſſung leicht auch ſo zu deuten iſt, daß bei ähnlichen Servituten die gleiche Möglichkeit angenommen werden muß. „Videndum esse, ſagt Pomponius, ut talis pactio fiat, ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur.“ Eae servitutes ſind aber nicht bloß die vier, ſondern die ihnen auch ſonſt gleichſtehenden, und eae iſt hier, wie ſonſt oft, mit „dergleichen, derartige“ (ejusmodi, tales) zu überſetzen.[69])

Im Uebrigen wäre es ſehr wohl möglich, in dieſem Gegenſatz zwiſchen Gebäude- und Felddienſtbarkeiten Reſte einer alten Verſchiedenheit zu finden, und wenn wir auf dieſe Anſicht auch nicht mehr Gewicht legen wollen, als auf eine bloße Conjectur, ſo mag es uns gleichwohl vergönnt ſein, dieſelbe hier anzudeuten. Das Pfandrecht verlangt an und für ſich einen Gegenſtand, an welchem Beſitz möglich iſt.

---

67) l. 9. §. 1. D. de pignorib.

68) l. 28. D. de servitutt. (8. 1.) „Quotiens via aut aliquod jus fundi emeretur“ etc. vgl. mit l. 3. §. 2. l. 6. §. 5. D. de actt. E. et V. (19. 1.)

69) Plinius XVI, 4. ſagt von der corona civica: „Quatuordecim eas accepit Siccius Dentatus.“ Vgl. auch z. B. l. 25. D. de V. S. „eum fundum.“

Eine vera (corporis) possessio hat indeſſen bei Gebäudedienſtbarkeiten niemals ſtatt gefunden, während bei Weg- und ähnlichen Gerechtigkeiten urſprünglich wohl Eigenthum und corporis possessio, daher auch pignus und usucapio angenommen wurde, ſo daß wir zu behaupten berechtigt ſind, ſolche Servituten ſeien urſprünglich als körperliche Sachen angeſehen worden und erſt ſpäter in die Kategorie der Incorporalien gekommen, wahrſcheinlich nachdem ſich die Identität jener Servituten mit den neuern Gebäudedienſtbarkeiten der Jurisprudenz ergeben hatte. Zwar hörte die Anwendung des Eigenthumsbegriffs auf dieſe Servituten auf, wie denn auch eine lex Scribonia die Möglichkeit der usucapio aufhob;[70]) aber als eine Folge der alten Anſicht mag es übrig geblieben ſein, das Pignus und die Hypothek in der angegebenen Weiſe bei dieſen Rechten für zuläſſig zu halten. Dieſe Anſicht iſt übrigens nicht eine neue; ſchon vor vierzig Jahren hat ſie in ihren Grundzügen Bergmann vertheidigt[71]), und Dü Roi hat ſie aufgenommen[72]), obwohl ſie ſeitdem in Vergeſſenheit gerathen zu ſein ſcheint. Allerdings hat Puchta[73]) die Bedeutung der durch die lex Scribonia aufgehobenen Uſucapion anders aufgefaßt, indem er die Worte des Paulus (Note 70):

„Quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat“

lediglich auf servitutes P. U., welche mit dem praedium dominans hätten erſeſſen werden können, bezieht. Von dieſen Servituten habe man ſagen können, ſie würden in dem Beſitz einer Sache mit beſeſſen, indem ſie ſich gewiſſermaſſen als körperliche Qualitäten derſelben darſtellten. Allein dieſe Deutung der lex Scribonia ſcheint mir gezwungen, da kein

---

70) l. 4. §. 29. de usurpat. (41. 3.)

71) Fr. Bergmann animadversionum de indole romanorum jurium in re specimen. Goett. 1805.

72) Archiv f. d. civil. Prax. Bd. VI. S. 296.

73) Curſus der Inſt. II. S. 775.

Grund einzuſehen iſt, warum ein Nichteigenthümer, der das Haus erſitzt, eine von ihm zugleich mitausgeübte Gerechtigkeit ſoll erſitzen können, während der wahre Eigenthümer, der ſein Haus beſitzt wie jener Nichteigenthümer und zugleich eine ihm de jure nicht zukommende Servitut ausübt, dieſelbe nicht hätte erſitzen können. Auch ſpricht gegen dieſe Deutung der weitere Inhalt der Stelle des Paulus, worin den Gegenſatz der erwerbenden Erſitzung die Aufhebung der Servitut bildet; conſequent nämlich müßte auch nur der erſitzende Nichteigenthümer des praedium serviens die libertas erſitzen können. Dazu kommt, daß Ulpian ohne weitere Unterſcheidung zwiſchen einer dem zu erſitzenden Gebäude wirklich zuſtehenden und einer von dem Erſitzenden bloß ausgeübten Gerechtigkeit als praktiſches Recht angiebt, daß Servituten mit dem Hauſe ſelbſt erſeſſen werden könnten:

> „Hoc jure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore (urſprünglich gewiß: usu-) capi possint, cum aedificiis possint“ [74]).

Viel näher ſcheint es zu liegen, Weg- und ähnliche Gerechtigkeiten, ſo lange der künſtliche Begriff der unkörperlichen Sachen noch nicht exiſtirte, als Corporalien, gewiſſermaſſen als kleine Grundſtücke, welche ſich aus dem herrſchenden in das dienende hineinzogen, anzuſehen, welche ebendeßhalb Gegenſtand des Beſitzes und der usucapio, alſo auch des Pignus waren, bei welchen darum auch mancipatio möglich war, wie ſie denn auch, nachdem ſie den unkörperlichen Sachen gleich geſtellt worden, mancipi res blieben. Jedenfalls iſt es dieſer Anſicht entſprechend, daß von allen Incorporalien nur dieſe jura als mancipi res bezeichnet werden [75]), daß ſie deßhalb Gegenſtand der Mancipation waren [76]), welche anerkanntermaſſen eine Alienation des Eigenthums, alſo der körperli-

74) l. 10. §. 1. D. de usurpatt. (41. 3).

75) Cajus II. 17. Ulpianus XIX. 1.

76) Cajus II. 29.

chen Sache, war[77]), und wobei der mancipio accipiens ſagt: „hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo“[78]), was der Eigenthümer des praedium dominans doch nur in Anwendung auf den Platz, nicht in Anwendung auf das Recht ſagen konnte. Gewiß iſt es wenigſtens auch merkwürdig, daß, während alle übrigen Servituten als jura bezeichnet werden, die vier unſtreitig älteſten Ruſticalſervituten immer durch den Gegenſtand des Rechts, durch via, iter, actus, aquaeductus, gerade wie das Eigenthum durch ſeinen Gegenſtand bezeichnet wird, und daß ſelbſt noch Paulus die via ein corpus nennt:

> „Sedsi ante viam, deinde fundum Titianum petat: quia et diversa corpora sunt, et causae restitutionis dispares: non nocebit exceptio“[79]),

wie denn auch Ulpian recht gefliſſentlich das Eigenthum am Platz dem Servitutberechtigten abſpricht:

> „Loci corpus non est dominii ipsius, cui servitus debetur, sed jus eundi habet“[80]),

eine Bemühung, die keinen Sinn hätte, wenn nicht urſprünglich die Sache anders geweſen wäre, weßhalb auch noch Paulus dieſe Anſicht die richtigere nennt und ſich dafür auf die Auctorität des Julianus beruft:

> „Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum ususfructus alienus est: quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis sit: ut via et iter: nec falso dici, totum meum esse, cujus non potest ulla pars alterius esse: hoc et Julianus: et est verius“[81]).

Es müſſen denn doch noch Reſte der alten Anſchauungsweiſe übrig geweſen ſein, da ſonſt dieſe Sache einem Zweifel nicht

---

77) Ulpianus XIX. 2. 3.
78) Cajus I. 119.
79) l. 17. D. de except (44. 1.)
80) l. 4. pr. D. si servitus vindicetur (8. 5.)
81) l. 25. D. de V. S.

hätte unterworfen werden können. Intereſſant iſt auch die Vergleichung einer andern Stelle von Paulus, worin er von der Unmöglichkeit einer Uſucapion der Ruſticalſervituten ſpricht:

> „Servitutes P. R., etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt: et ideo usu non capiuntur, vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem; nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur. Idem et in servitutibus P. U. observatur.“ [82])

Offenbar ſucht der Juriſt einen Grund dafür auf, daß Feldbienſtbarkeiten nicht erſeſſen werden können; er ſchwankt darüber, ob dieſer Grund in ihrer Unkörperlichkeit liege oder in ihrer Discontinuität. Das aber ſchlägt bei ihm durch, daß Daſſelbe auch bei den Servitutes P. U. gelte. So ſchließt er jedenfalls von dieſen auf jene zurück.

Nach dieſer Digreſſion bleibt uns für unſere Frage, da ſie hinſichtlich der Prädialſervituten und des Uſusfructus hinlänglich beſprochen iſt, nur noch zu erwähnen übrig, wie es ſich mit den übrigen Perſonalſervituten außer dem Uſusfructus verhalte. Die herrſchende Anſicht ſchließt den Uſus von dieſer Art der Verpfändung aus; v. Vangerow nimmt auch für den Uſus dieſelbe an; Zach. v. Lingenthal dagegen läugnet nicht nur allgemein die Möglichkeit der hypothekariſchen Verpfändung, ſondern auch die Anwendbarkeit des Fauſtpfands, weil der Eigenthümer bei der Verpfändung in der Regel noch nicht wiſſen könne, welches der Inhalt und Umfang der eventuell zu beſtellenden Servitut ſein werde, mithin auch nicht ſchon vorläufig die Befugniſſe, welche dieſe Servitut dereinſt enthalten werde und ſolle, aus ſeinem Eigenthum faktiſch ausſcheiden und dem Gläubiger überlaſſen könne. Allerdings iſt nun nicht zu verkennen, daß die Un-

82) l. 14. D. de servitut. (8. 1.)

beſtimmtheit des Uſus[83]) denſelben zum Cautionsmittel weniger eignet und es muß Zach. v. Ling. zugegeben werden, daß die Verſetzung deſſelben zur Folge haben würde, daß der Uſus, den der Fauſtpfandgläubiger dem Käufer beſtellen wollte, nicht mehr derſelbe wäre, der ihm factiſch eingeräumt geweſen. Allein gleichwohl kann man daraus nicht folgern, daß am Ende etwas ganz Anderes verkauft werden würde, als verpfändet worden war, und man muß v. Vangerow beiſtimmen, welcher dieſe pfandweiſe Einräumung des Uſus gegen die herrſchende Anſicht für möglich erklärt. Die Gründe, welche oben gegen die Verpfändung des beſtehenden Uſus durch den Berechtigten angegegeben ſind, treffen hier nicht zu, da der Pfandgläubiger nicht ſelbſt Uſuar iſt. Was aber die Unbeſtimmtheit des Umfangs dieſer Servitut betrifft, ſo muß immerhin erwogen werden, daß die vorläufige Ausübung durch den Pfandgläubiger nichts Weſentliches iſt, daß demnach jedenfalls der Verhypothecirung nichts entgegenſteht. Soll aber die Verpfändung den Charakter des Pignus haben, ſo unterwirft ſich eben der verpfändende Eigenthümer, ſo weit das Fauſtpfand reicht, faktiſch den Eventualitäten des Bedürfniſſes ſeines Pfandgläubigers; rechtlich thut es ohnedieß Jeder, der einen Uſus beſtellt.

Iſt Thibauts bekannte Erklärung der Habitatio[84]), woran kaum zu zweifeln ſein möchte, richtig, iſt ſie in der Regel nichts weiter als eine Art Alimente oder Almoſen, ſo wird ſie freilich nicht leicht Gegenſtand der Verpfändung in der hier beſprochenen Weiſe geweſen ſein. Ein Habitator wird zwar wohl zuweilen einem Andern ſein Recht verpfänden, wie ein Bettler einem andern ſeinen Bettelſtab verſetzen mag; daß aber Jemand, der ſein eigenes Haus hat, einem Gläubiger die Habitatio verpfände, damit dieſer ſie an einen Dritten verkaufen könne, wird ſchwerlich vorgekommen ſein.

---

83) Sintenis, d. prakt. gemeine Civilrecht Bd. I. S. 560. f.
84) Civil. Abhandl. Nr. 2.

Indeſſen iſt dieſe Alimenten- oder Almoſennatur immerhin nicht mit voller Beſtimmtheit erwieſen und ſo wird abgeſehen hievon, auf keinen Fall an der rechtlichen Möglichkeit der Verpfändung gezweifelt werden dürfen, da ja dieſe nach dem Vorigen ſelbſt für den Uſus vorhanden iſt. Aus dem gleichen Grunde wird auch die Verpfändbarkeit der Operä nicht zu beanſtanden ſein.

XI.

Ueber den Eid als Beweismittel.

Von

Herrn Dr. **T. Brackenhoeft,**

Privatdocenten in Heidelberg.

(Schluß des Aufſatzes Nro. I. im vorigen Hefte.)

§. 9.

In Anſehung des deferirten Eides gibt es indeß gegen deſſen Zuläſſigkeit als Schiedsmittel keinen andern Grund, als den, daß er Beweismittel ſei [1]). Der Grund reicht aber begreiflich nicht aus, ſo lange man nicht nachzuweiſen vermag, daß er nur Beweismittel ſei; und das Ausgeſchloſſenſein des deferirten Eides zur Feſtſtellung juridiſcher Momente, wird auch in der That nicht von allen Vertheidigern der herrſchenden Anſicht mit Entſchiedenheit angenommen [2]). Inſofern man aber einen deferirten Eid über rechtliche Momente nicht verwerfen kann, inſofern kann man auch einen deferirten Glaubenseid nicht als unzuläſſig betrachten; alſo

1) Dieſen Grund führen an: Grolman Theorie §. 92. Gensler Comment. II. S. 15. Nr. 12.

2) Vgl. auch Bayer Vortr. S. 516. (390); v. Linde Lehrb. §. 302. not. 14. 15.